

Kamel Cazor Aliste*

“La esfera de la función legislativa del Congreso Nacional a la luz de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena”**

I. Planteamiento del problema

En la actualidad, al desaparecer el principio monárquico, se mantiene como única fuente de legitimidad el *principio democrático*, que reconoce la primacía de la ley dentro de su estructura. Ya que, como bien indica P. Biglino, lo que cualifica a la ley en el sistema de fuentes es su *procedimiento de elaboración*, pues continúa siendo la única norma elaborada por un órgano que expresa la voluntad popular en su conjunto, mediante un procedimiento de carácter participativo que permite a los ciudadanos conocer —garantizando la expresión de las minorías— la posición que han adoptado sus representantes.¹ Es así como la función legislativa de los Parlamentos se traduce en una determinada forma de actuación del *principio democrático*.

En el marco atributivo de la función legislativa, el Derecho positivo comparado se ha bifurcado en dos direcciones diferentes. En el caso del *Derecho francés*, el legislador sólo puede intervenir en las materias que se encuentran establecidas en la Constitución, así la reserva se presenta como un medio que limita la supremacía de la ley al repartir las competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. En el *Derecho alemán*, a su vez, el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que la reserva al contrario es un medio de protección de la supremacía de la ley.² El

* *Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.*

** El presente trabajo se ha fundamentado principalmente en dos anteriores artículos de este profesor, que son: a) “La potestad reglamentaria autónoma en la Constitución chilena”, publicado en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Vol. X, diciembre de 1999, págs. 75-79; y b) “La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la Constitución chilena”, publicado en *Revista de Derecho*, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, nº II, diciembre de 2001, págs. 25-61.

1 Vid. P. Biglino, “Parlamento, principio democrático y justicia constitucional”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto de 2001, págs. 180-183.

2 Vid. R. García Macho. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 15.

primer caso plantea qué medidas normativas puede tomar el Ejecutivo y cuáles el Parlamento, limitando la primacía de la ley, mientras que en el segundo la reserva es un medio de protección de la supremacía de la ley.

Se debe igualmente resaltar que, en los sistemas constitucionales existentes, se encuentra implícita la tradicional *dicotomía ley y reglamento*, una de las manifestaciones fundamentales de la potestad normativa del Estado, cuyo estudio desarrolló la lucha político-institucional de los siglos XIX y XX.

La doctrina aclara el fenómeno desde dos perspectivas muy distintas. Por una parte, se establece una clara separación entre ley y reglamento, asignándole a aquélla el carácter supremo en la creación del Derecho, cuyo fundamento arranca de su legitimación en la voluntad general; y, a su vez, el reglamento, como producto de la potestad administrativa, no expresa la hipótesis de la voluntad de la comunidad, al presentar a la Administración como un mero gestor u organización servicial.³

Por otro lado, se plantea el rompimiento del dualismo tradicional entre ley y reglamento, y se presenta al Gobierno como un actor legitimado, portador del liderazgo político, y la Administración Pública, realizadora de esa política; es decir, se presenta al Ejecutivo como un ente con legitimidad propia, develando el manto de sospecha que recaía sobre él, especialmente durante el siglo XIX.⁴

De acuerdo al contexto del presente estudio, en principio no se puede sino adherir al segundo de estos postulados, que se acercaría de mejor manera al fundamento y origen de las disposiciones constitucionales chilenas. Hecho que encuentra su sustento, entre otras circunstancias, en la *fuerza dualista* de legitimidad tanto del Ejecutivo como del Legislativo, modelo que, como es bien sabido, potencia el establecimiento de dos poderes normativos autónomos e independientes, la Administración y el Parlamento, produciendo, en principio, un rompimiento de la primacía del legislativo, propio de un *régimen monista*. La ley deja de ser la norma suprema, encontrando reducido su campo de acción a lo que se determina constitucionalmente por medio del mecanismo de la reserva de ley. De esta forma el reglamento se encuentra legitimado, hasta el punto de regular ámbitos no legislados u operar sin necesidad de una previa habilitación legal.

- 3 Suscribe esta tesis dentro de la llamada doctrina tradicional el profesor E. García De Enterría, para quien la representación política se reduce al Poder Legislativo, calificando al Ejecutivo como un mero gestor. En efecto señala: "La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma(...)" (*Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 167).
- 4 En este sentido A. Gallego Anabitarte presenta la época actual, como aquella donde la sociedad política-Estado ha dejado de articularse dualísticamente como en el siglo XIX. Sobre el particular indica: "ya no hay *socialmente*, y por lo tanto, política y jurídicamente, razón a un *enfrentamiento* legislativo-ejecutivo, *Ley-Administración*". Y concluye expresando, que difícilmente esta época es la de la *fe en la ley* (*Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 349).

Desde esta perspectiva hay que situar la relación ley-reglamento que configura la Carta de 1980. Hecho que, como trataré de clarificar, determina la *esfera atributiva de la función legislativa* que configura nuestra Constitución al Congreso Nacional, ámbito del legislador que denominaremos en este trabajo como una *competencia de atribución no constitucionalmente clausurada*.

Por esta razón, en un comienzo, se tratará de descifrar cuál fue la voluntad del constituyente en esta materia.

II. La voluntad del constituyente de 1980

La Constitución actual pretende romper con la tradición histórica de la *Constitución de 1925*, que reconocía el principio de *competencia genérica de la ley*, puesto que, como es sabido, el artículo 44 —que señalaba las materias que podían regularse *sólo en virtud de una ley*— no tenía el carácter de taxativo, razón por la cual transformaba a la ley en norma de clausura del sistema.

En la *Comisión de Estudio de la nueva Constitución*⁵ se plantea, en las sesiones 345 y 358, la conveniencia de innovar en la distribución de las materias propias de la ley y del reglamento. Como hace presente el comisionado R. Bertelsen, “*en la distribución de competencia entre el Legislativo y el Reglamento se efectúa una de las innovaciones de mayor importancia jurídica y política de la nueva Constitución*”.⁶ Se señala además que “*el sistema debe cambiar —como sucedió en Francia— y establecerse que el dominio legislativo es máximo y no mínimo, debiendo ser objeto de ley solo aquellas materias que figuren en una lista taxativa o cerrada. El resto caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso*”.⁷

De este modo, según el espíritu del constituyente, la nueva dimensión del dominio legal y reglamentario se traduciría en determinar un ámbito competencial propio de ambos y, por ende, evitar una extralimitación legislativa, especialmente en lo relativo a las leyes particulares o especiales. Es decir, por intermedio de la ley se tiende solo a resolver los problemas más importantes y que digan relación con las bases esenciales del ordenamiento, lo que asegura al Ejecutivo su misión propia y en el ámbito propio

5 Mediante Decreto Supremo N° 1.064, de 25 de octubre de 1973, del Ministerio de Justicia, se designa una *Comisión para que Estudie, Elabore y Proponga un Anteproyecto de una Nueva Constitución Política del Estado*. Entre los fundamentos del Decreto, se considera “la necesidad de reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República para la cabal consecución de los postulados enunciados en el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno”.

6 Reproducido en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (Santiago, Imp. GendarChile, 1977), sesión 358, págs. 2.331 y 2.332.

7 *Ibíd.*, sesión 335, pág. 2.278.

de su potestad reglamentaria, dentro del concepto de una Administración moderna y expedita.⁸

La *Junta de Gobierno* que siguió el anteproyecto de la Comisión de Estudio, efectuó modificaciones sustanciales en lo que respecta a la materia de la presente investigación:

- a) Introdujo al art. 60 del texto definitivo el numeral 20, según el cual es materia de ley: *“Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”*.
- b) Suprimió parte del art. 37 N° 8 del anteproyecto de la Comisión de Estudio, de modo que dicho precepto quedó como sigue: art. 32: *“Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”*.
- c) Estableció la siguiente nueva norma en el artículo 82: *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 12° Resolver sobre la Constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”*.
- d) Estableció la sexta disposición transitoria, que dice: *“No obstante lo dispuesto en el número 8° del artículo 32, mantendrán su vigencia los preceptos legales que a la fecha de promulgación de esta Constitución hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 60, mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley”*. Por ende, se eliminó el artículo 11 transitorio del anteproyecto de la Comisión de Estudio que señalaba: *“El Presidente de la República podrá ejercer*

8 En este sentido, y en lo relativo a la materia que se está analizando, la Comisión de Estudio informó al Presidente de la República (es decir, a la Junta de Gobierno) que el Anteproyecto de nueva Constitución contemplaba las siguientes ideas fundamentales: 1ª *“Que la ley sea una norma de carácter general, dirigida al bien común, que se limite a contener solo las bases esenciales del ordenamiento jurídico sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria que es propio del Poder Ejecutivo”*. 2ª La introducción de *“una modificación sustancial en lo que dice relación con el ámbito legislativo, esto es, con las materias que deben ser necesariamente objeto de ley, sustituyendo el sistema de dominio mínimo que establecía la Carta de 1925, por el dominio legal máximo, cambio al cual se atribuye una trascendental importancia jurídica y práctica”*.

Expresado en otros términos, como indica el informe, la Constitución anterior se limitaba a señalar las materias que necesariamente debían ser objeto de ley, pero *no impedía que el legislador pudiera extender la acción legislativa a otras*, aun cuando, muchas veces, por su naturaleza debieran ser objeto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El concepto de una administración moderna, ágil y expedita, concluye el informe, exige hoy día contemplar el *“criterio diametralmente opuesto, esto es, precisar taxativamente las materias que solo pueden ser objeto de ley y dejar entregadas las demás exclusivamente a la potestad reglamentaria y ello sin perjuicio de mantener la delegación de facultades sobre determinadas materias(...)”* [Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política: *Informe con Proposiciones e Ideas Precisas* (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* N° 1-6 de 1981, págs. 263-264 y 273 (citado por el Profesor J. L. Cea Egaña, *“Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980”*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, números 2-3, mayo-diciembre de 1984, págs. 422 y 423)].

la potestad reglamentaria, de acuerdo a las atribuciones que le confiere esta Constitución, respecto a las materias comprendidas en ella, aun cuando hayan sido objeto de leyes que se encuentren actualmente en vigor”.

De esta forma, la Constitución actual de 1980 en el ámbito del dominio de la ley, y como contrapartida de la potestad reglamentaria, presenta la inspiración de dos modelos: por un lado, de *la Constitución gaullista de 1958* (que se refleja en el art. 60 hasta su numeral 19, inclusive; el art. 32 N° 8; y el art. 82 N° 12) y, por el otro, del *constitucionalismo clásico* (numeral 20 del art. 60; y la disposición sexta transitoria), siguiendo de algún modo, en este último caso, el modelo de la anterior Constitución.

Con lo cual, de la historia fidedigna del Constituyente de 1980 se puede aseverar lo siguiente:

- Con el artículo 60 de la Carta se estableció el *dominio legal máximo*, reservando las materias de competencia exclusiva del legislador y situando la potestad reglamentaria del Presidente como *norma de clausura* del ordenamiento constitucional;
- al otorgar la cualidad taxativa al catálogo del artículo 60 citado, da una *competencia de atribución* y no genérica al legislador (hasta aquí, al menos en teoría, queda claro el interés de la Comisión de Estudio por limitar la capacidad reguladora de la ley);
- el legislador, al cumplir el mandato del artículo 60, debe dictar normas generales y básicas, salvo el caso de leyes particulares que se mencionan en el mismo artículo. Lo que trae como consecuencia que el legislador también debe formular normas abstractas y predeterminadas;
- por último, *la ley debe ser innovadora*, por cuanto le toca a ella sentar las bases esenciales de nuevos ordenamientos jurídicos. En este sentido, como prescribe la disposición sexta transitoria ya citada, siguen vigentes los preceptos legales reguladores de materias no comprendidas en el artículo 60, mientras no sean expresamente derogados por ley.⁹

III. La reserva material de ley como medio de distribución de competencias

La reserva material de ley, como límite exterior, es un medio que, en principio, restringe el ámbito del legislador, y a partir de ella se determina el modo de distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. Por esta razón, según sea la forma de configurar la reserva legal en el sistema constitucional, se sabrá con mayor o menor claridad el ámbito de los diferentes dominios normativos.

El sistema chileno, que en el campo del dominio reglamentario sigue claramente el modelo francés, no es tan preciso en el ámbito del legislador. En efecto, como señala

9 Ibid., págs. 424 y 425.

H. Nogueira Alcalá: "En Chile, la Carta Fundamental vigente sigue el modelo francés, al fijar un contenido taxativo al dominio legal (art. 60 de la Constitución) y establecer un dominio reservado al reglamento autónomo (art. 32 numeral 8, inciso primero). Sin embargo, introduce también algunas *técnicas de garantías rígidas del modelo alemán*, como son la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales (art. 6º) y la garantía del contenido esencial de los derechos (art. 19 n° 26)".¹⁰

Por esta razón se ha dicho que, si aisladamente examinado, el sentido y alcance del artículo 32 N° 8 de la Constitución es claro, difícil resulta sostener idéntico predicamento cuando se lo interpreta, como corresponde, en relación con el artículo 60 y la disposición transitoria sexta de la misma Carta.¹¹ Circunstancia que, como se verá, limita radicalmente el ámbito de acción de la potestad reglamentaria, y la contrapone a la historia fidedigna de la Comisión de Estudio.

Ayuda a aumentar la confusión en esta temática, la forma en que ha sido establecida la reserva legal en el artículo 60 de la Carta Política. Por un lado, dicha norma contiene, en los números 1º a 19, una serie de materias descritas o enunciadas con dispar exactitud, y, por el otro, en su número 20 comprende la ley de bases esenciales, que configura ideas básicas y directrices fundamentales establecidas por el legislador. De este modo son materias del dominio legal: a) todas aquellas que están taxativamente señaladas por su objeto en la Constitución; y b) todas aquellas materias que el legislador regule mediante una ley de bases esenciales o generales.

De esta forma, se podría decir que la reserva legal determinaría el siguiente modo de distribución de competencias: la parte claramente influenciada con el *modelo francés de 1958* fortalecería la preponderancia del Ejecutivo en desmedro de la primacía de la ley. Por cuanto, al fijar un ámbito determinado a la ley, puede actuar el reglamento autónomo en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal. A su vez, con la preeminencia del *modelo alemán*, que da valor fundamental a la ley en la regulación exclusiva de los derechos fundamentales, se limita el campo de acción del Ejecutivo. De este modo, la reserva en esta materia (art. 19 N° 26 y 60 N° 2) es un medio de protección de la supremacía de la ley.

Ahora bien, dicho todo esto, es indudable que la doctrina chilena coincide en que la norma del artículo 60 de la Constitución contiene mandatos cuya capacidad normativa es disímil a la hora de lograr su precisión.¹² Dentro de este contexto y teniendo en cuenta el grado de especificidad con que la Constitución recoge la reserva, particularmente se destaca en esta temática la tipología que denominaremos como *reserva especial* y *reserva general*. En especial hay que poner de relieve esta última reserva, pues

10 *Dogmática Constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, pág. 160.

11 Vid. J. L. Cea Egaña, "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", op. cit., pág. 430.

12 Sobre el particular ver: Silva Bascuñán, a. "La Jerarquía normativa en la Constitución Política de 1980", *VI Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1982, págs. 115 y 116. Cea Egaña, J. L. "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", op. cit., pág. 425.

comprende un amplio ámbito competencias. Como acontece con el número 2º del artículo 60 (el cual prevé como materia de ley “*las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley*”), que determina, especialmente, la regulación legal de los derechos fundamentales. Igualmente, en este ámbito se debe destacar la reserva del nº 20, del artículo 60, que sostiene que son materias de ley “*toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*”.

El ordenamiento chileno, al igual que la Constitución Española (arts. 53.1 y 81.1) y la Ley Fundamental de Bonn (art. 19),¹³ establece que el ejercicio de los derechos fundamentales solo puede ser regulado por ley; la cual, en todo caso, según el artículo 19 nº 26 de la Carta, deberá siempre respetar el contenido esencial de los derechos de las personas, vale decir, las leyes que regulen o complementen las garantías constitucionales o que las limiten, no pueden afectar los derechos en su esencia.¹⁴ En virtud de ello, también, se ha desarrollado la *teoría de la esencialidad*, la cual exige que las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos fundamentales sean adoptadas por el legislador, y que en esta regulación la potestad legislativa esté limitada por la esencia del derecho.¹⁵

Todo lo anterior trae como consecuencia que exista en este ámbito una *reserva general de ley*, donde las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos fundamentales solo pueden ser adoptadas por el legislador. Dicho en otras palabras, la intervención legislativa resulta irrenunciable en la materia de derechos fundamentales, excluyéndose, en general, la posibilidad de intervención de la potestad reglamentaria del Ejecutivo o, incluso, de una delegación legislativa. Así, desde esta perspectiva, *más que una limitación al legislador*, resulta una restricción a la potestad normativa del Presidente de la República, a quien le está, en principio, prohibido regular por medio de normas administrativas las garantías constitucionales. Más específicamente, se limita toda posibilidad normativa autónoma del Ejecutivo, sin perjuicio de, y en los casos que la ley lo autorice, ejercer la potestad reglamentaria ejecutiva, eso sí, mediante una remisión normativa perfectamente delimitada.

13 La Constitución española en su artículo 53.1 establece lo siguiente: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. A su vez, el artículo 81.1 indica: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

Por otra parte, la Ley Fundamental alemana en su artículo 19.1 y 2 señala: “*Cuando, de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental sea restringido, por o en virtud de una ley, la ley deberá tener aplicación general y no solo a un caso individual. Además, la ley deberá especificar el derecho fundamental y el oportuno artículo. En ningún caso la esencia de un derecho fundamental podrá ser traspasada*” (vid. M.^a I. Álvarez Velez y M.^a F. Alcon yustas, *Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 28).

14 Vid. Nogueira Alcalá, H. *Dogmática Constitucional*, op. cit., págs. 160 y 161.

15 *Ibid.*, pág. 161.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que las regulaciones de los derechos en lo referente a condiciones, plazos y modalidades deben ser determinadas por ley, ya que es ésta y no el reglamento la que debe resguardar la garantía de la igualdad.¹⁶ Asimismo, en otra sentencia del Tribunal Constitucional, se señala como principio general y garantía básica del Derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, con la limitación que no puede afectar el contenido esencial de tales derechos.¹⁷

El problema que además se presenta en este asunto, se vincula con otro aspecto de la reserva legal —o sea del ámbito atributivo de la función legislativa—, cual es, la *reserva absoluta y relativa*, cuya determinación —especialmente en la esfera de los derechos fundamentales— es difícil precisar. En efecto, en el ordenamiento jurídico chileno, lograr el equilibrio necesario entre los ámbitos competenciales de la ley y el reglamento no resulta nada fácil. Todo ello, como ya se ha dicho, en virtud del carácter disímil y desperdigado de las reservas legales que contiene la Constitución, dando lugar a una *capacidad normativa variable*. Lo que traslada, en esta situación, la decisión última al Tribunal Constitucional, quien, por vía del conocimiento abstracto, debe determinar el contenido en cada hipótesis normativa; por ello incluso se ha hablado en esta materia de una verdadera *reserva de sentencia*.¹⁸ De ahí que, en última instancia, corresponderá al Tribunal Constitucional establecer el criterio de reserva absoluta o relativa en materias de ley.

En este sentido, la actividad de dicho órgano debiera apuntar a encontrar criterios objetivos de extensión material para delinear las fronteras de la reserva de ley y la potestad reglamentaria; en especial, el ámbito material reservado a la ley, ya que no existe en el ordenamiento chileno una reserva material de reglamento. Por esta razón, corresponde a la competencia del Tribunal Constitucional establecer el mayor o menor grado de regulación que debe hacerse mediante la ley y, en consecuencia, lo que debe y puede quedar al reglamento.

La existencia de esta verdadera nebulosa en el ámbito del dominio legal tiene también su origen en las reformas introducidas por la Junta de Gobierno, ya analizadas, especialmente en los artículos 60 n° 20, sexto transitorio y 82 n° 12. Reformas que hasta hace poco tiempo se decía que no era posible constatar su verdadera inspiración, ya

16 *Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 247, de fecha 14 de octubre de 1996.*

17 *Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 239, de 16 de julio de 1996, especialmente los considerandos 9° y 13°.* Además, el *Tribunal Constitucional español, en sentencia 83/1984*, señala que el sentido último de la reserva de ley es "asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa, exclusivamente, de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos".

18 Vid. Nogueira Alcalá, H. *Dogmática Constitucional*, op. cit., pág. 164.

que no existía historia fidedigna de ellas.¹⁹ Sin embargo, en el último tiempo han salido a la luz antecedentes de la labor de la Junta de Gobierno como poder constituyente. Donde, en esta materia, es posible sostener que —ante las propuestas de la Comisión de Estudio y el Consejo de Estado, que finalmente desechó— el objetivo de la Junta de Gobierno no fue incorporar el sistema francés, pero tampoco mantener el que se aplicaba durante la Constitución de 1925, sino que superar la situación existente, *evitando un eventual desequilibrio entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el ámbito de sus respectivas potestades normativas, es decir, se trató de sortear un eventual desequilibrio en la relación ley-reglamento en el sistema constitucional.*²⁰

Esta circunstancia da lugar, al contrario del criterio seguido en el anteproyecto de la Comisión de Estudio (cuya filosofía, no debe olvidarse, es evitar las extralimitaciones legislativas y, por ende, lograr un campo competencial propio, tanto del dominio legal como reglamentario), a un amplio papel normativo del legislador, que va más allá, incluso, de los contornos que fija el llamado “dominio legal máximo”. Así, por ejemplo, en el caso de la *ley de bases esenciales*, del artículo 60 N° 20, ya citado, se puede dar la situación que por medio de esta forma legislativa se consiga *congelar rango a la ley*.

En efecto, en el ámbito material indeterminado que no se encuentra bajo reserva, la potestad reglamentaria autónoma se podría ejercer con entera libertad, eso sí, en tanto no sean posteriormente reguladas por una *ley de bases esenciales*²¹ —en cuyo caso el ordenamiento reglamentario queda derogado por el ordenamiento legal— (como aconteció con el Decreto Supremo n° 81 de 1999, que *reguló el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración del Estado*, materia que —no obstante estar en parte sistematizada por la potestad autónoma— fue posteriormente reglada por ley

19 Así lo manifiesta la profesora L. Bulnes Aldunate en su estudio del artículo 60 N° 20, pues dicha norma fue incorporada al texto definitivo por la Junta de Gobierno [vid. “Leyes de Base y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980” (XI Jornadas de Derecho Público), *Boletín de Derecho Público de la Universidad de Chile*, N° 15, 1982, págs. 29 y siguientes]. También cabe hacer notar lo señalado por A. Silva Bascuñán: “(...) debemos recordar que en su oportunidad nos referimos ya a la publicación, en número limitado, de las actas de las sesiones celebradas por la Comisión Ortúzar—Comisión de Estudio—; a la reserva con que se mantuvieron, respetando sus estatutos, las actas manuscritas de las reuniones del Consejo de Estado, y a la carencia de toda información de la autoría y alcance de los cambios que en la fase final introdujo la Junta de Gobierno” (*Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 251).

20 Al respecto ver interesante artículo del profesor T. Ribera Neumann, “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, publicado en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Tomo I, 2001, págs. 474-478.

21 Respecto a *ley de bases esenciales*, es importante destacar que nuestro Tribunal Constitucional, en *Sentencia de 26 de junio de 2001, rol n° 325*, ha indicado lo siguiente. “(...) como puede apreciarse de la lectura del artículo 60, N° 20), de la Carta Fundamental, este precepto está redactado en términos excesivamente amplios e indeterminados sin señalar directamente el contenido de aquello que debe ser materia de ley. La disposición más bien precisa tres características formales, a saber: a) que sea “general”; b) que sea “obligatoria”; y, c) que “estatuza las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, sin establecer cuáles son las materias de ese ordenamiento jurídico que comprende o a las cuáles se extiende. Como es fácil comprender, dado los términos amplios en que está concebida esta norma, a quienes corresponda aplicarla o interpretarla deberán actuar con extrema acuciosidad y como dice Lucas Verdú “con exquisito rigor”, ya que la exigencia de la certeza jurídica, principio fundamental de Derecho, así lo requiere” (Vid., *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo V, Editado por el Tribunal Constitucional, Santiago, 2002, pág. 364).

19.799, *sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*, donde precisamente en su título segundo trata acerca del uso de firmas electrónicas por los Órganos del Estado; norma legal que además encomendó al Ejecutivo para dictar su correspondiente reglamento –que ya no es autónomo sino de ejecución–, el cual fue expedido el 7 de agosto de 2002), o en cuanto dicha ley de bases no haya congelado previamente el rango de alguna materia que no esté taxativamente regulada en la Constitución (como sucedió con la ley 19.638, publicada en el Diario Oficial el 14 de octubre de 1999, que *establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas*). Es decir, en esta colisión con la potestad reglamentaria autónoma primaría la jerarquía normativa de la ley. Además, si esto se armoniza con la congelación de rango impuesta a la potestad reglamentaria por la disposición sexta transitoria, determina un cuadro que desvirtúa totalmente la voluntad primitiva de la Comisión de Estudio.

Por estas razones, en este caso, se podría hablar también de una “*reserva formal de ley*”, o sea, de aquella impuesta simplemente por una norma con rango de ley respecto de materias no reservadas a ella por la Constitución, a diferencia de la *reserva material* que es establecida por la norma constitucional. Se está aquí, según J. A. Santamaría Pastor, ante una de las manifestaciones típicas de la primacía de la ley que, por su superioridad jerárquica respecto al reglamento, excluye o limita la actuación de éste. El fenómeno que tiene lugar, prosigue, es la *congelación de rango* normativo: regulada una materia a nivel de ley, queda excluida una regulación paralela y distinta mediante reglamento, que sería ilegal por contradecir la de superior rango.²²

Sin lugar a dudas esta patente contradicción en el sistema de reserva legal, determina y condiciona la labor orientadora que se le exige al Tribunal Constitucional en la materia, ya que la mayoría de los requerimientos sometidos a su decisión, más allá de resolver un problema sustancial de constitucionalidad, siempre discurren en torno a la relación ley-reglamento ejecutivo y la competencia atributiva poco diáfana que determina al respecto la Carta Fundamental.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional (Rol nº 253, 254, 282 y 325) se vislumbra un nuevo criterio jurisprudencial, que trata de recuperar los motivos primitivos que sustentaron los constituyentes (dominio legal máximo/potestad reglamentaria eficaz). Vale decir, dicho de otra forma, se acerca a la buena doctrina que exige, al mismo tiempo, salvaguardar la integridad de la reserva de ley (especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales) y reconoce a la potestad reglamentaria aquellos márgenes de acción que resulten indispensables para el funcionamiento eficaz de la Administración del Estado.²³

22 *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág 777.

23 Vid. Zapata Larrain P. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pág. 202.

No obstante, se cree sinceramente que la solución, más allá de una buena doctrina jurisprudencial, debe pasar por una reforma que introduzca un cambio de tendencia en el dominio reservado a la ley, dando lugar, por ende, a un verdadero criterio *selectivo* en el ámbito legislativo, liberando de ese modo el campo de la potestad reglamentaria. Todo lo cual, eso sí, acompañado de un sistema de control eficaz, que asegure un pleno sometimiento a la juridicidad de los poderes públicos, especialmente la Administración, como garantía esencial del Estado constitucional.

IV. Principales consecuencias de la relación ley-reglamento y su repercusión en la esfera atributiva del Congreso Nacional

1. El fundamento de la técnica de la reserva de ley se encuentra, actualmente, en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político (especialmente como garantía de las minorías). Es decir, se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. Por otro lado, y dentro del sistema *dualista*, también se extiende el *principio democrático* a la esfera de la Administración, como ente que posee legitimidad propia.²⁴ Por esta razón la relación ley-reglamento tendrá unos límites diferentes, según cómo se plantee en cada Constitución la división de poderes y quién o quiénes sean realmente los titulares de la soberanía.
2. En este sentido, la Constitución chilena plantea una clara separación de los poderes del Estado, con la preponderancia del Ejecutivo respecto al resto de los poderes. La reserva de ley se plantea, por una parte, como un medio que limita la actividad del Congreso en el caso de las *reservas específicas* (v. gr., los números 3º a 19 del artículo 60), frente a las amplias competencias normativas del Presidente producto, sin duda, de la repartición de potestades que con-

24 Sobre el significado actual del principio democrático, Vid. M. Aragón, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 101 y sig. Sobre el particular J. Tornos Mas señala igualmente lo siguiente: "Si en un principio [la reserva legal] respondía a la necesidad de sustraer poderes de decisión al Monarca para otorgarlos al Parlamento, y por tanto suponía una distribución de materias entre dos poderes opuestos y con fuentes de legitimación absolutamente dispares, hoy la situación ha cambiado. Parlamento y Gobierno responden a la misma razón democrática, y la composición de ambos se determina en virtud de unas elecciones. La distribución de competencias entre los dos poderes incidirá, por tanto, en el juego de las mayorías y minorías, dato este que es el verdaderamente relevante" (La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional, en *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, pág. 478).

signa el texto Fundamental.²⁵ No obstante, por otra parte, en el caso de la *reserva general* (v. gr., artículos 60, N° 2 y 20 y 19, N° 26), el ejercicio de los derechos fundamentales solo puede ser exclusivamente regulado por ley, limitando toda posibilidad normativa del Presidente de la República en este ámbito de materias. Sin perjuicio de ejercer, cuando sea procedente, su potestad reglamentaria *ejecutiva*, a fin de desarrollar las ideas básicas y directrices fundamentales establecidas previamente por el legislador. Todo lo cual, además, debe tener en consideración —vía artículo 60 n° 20— la posibilidad de congelación de rango normativo por intermedio de la ley, o sea, aquella alternativa que la doctrina denomina como *reserva formal de ley*.

3. Del mismo modo, la relación ley-reglamento que se ha descrito, trae como consecuencia que ésta no puede basarse solo en el principio de jerarquía, sino que requiere igualmente considerar el *principio de competencia*,²⁶ toda vez que, como se ha dicho, el ámbito del legislador se fundamentaría en una competencia de atribución y no genérica, donde el Tribunal Constitucional, por vía del conocimiento abstracto y en cada hipótesis normativa, debe determinar la competencia atributiva que le corresponden a los órganos intervinientes en la relación ley-reglamento, en lo que se ha denominado como *reserva de sentencia*.
4. Sobre esta cuestión, hay que tener igualmente presente que, de acuerdo a la *historia fidedigna* del constituyente y a diferencia de su modelo —la Constitución francesa—, la Carta de 1980 no instrumentalizó el paso del sistema antiguo al nuevo diseño constitucional contenido en los artículos 60 y 32, N° 8, y en lugar de facilitar el cambio del régimen jurídico desde el anterior criterio extensivo al nuevo *criterio selectivo* —haciendo de la ley una norma de carácter general y de radicar en el legislador solo las grandes líneas directrices del ordenamiento jurídico—, en la disposición sexta transitoria petrificó el estado de cosas, ya que congeló el recargado sistema legal existente, dejándolo intacto. Este criterio impidió la ordenación de un sistema jurídico con miras a su desregulación, que permitiera liberar el campo de la potestad reglamentaria.²⁷

25 Hasta este punto, el ordenamiento constitucional chileno ha utilizado la reserva legal con una dinámica que, lejos de favorecer al Congreso, va en favor de los poderes del Ejecutivo. De esta forma y como lo pone de manifiesto A. Garrorena: "aunque la intención inicial de su formulación [la reserva de ley] fuera defender el ámbito de competencias del Parlamento frente a las intromisiones del Ejecutivo, lo cierto es que su dinámica natural trabaja inevitablemente en el sentido de acotar dichas competencias, con la correlativa ventaja residual para los Gobiernos; lo cual, por otro lado, explica la preferencia mostrada por la técnica de la reserva tanto en determinados regímenes autoritarios como en los regímenes parlamentarios con hibridación presidencialista"; como es el caso del artículo 34 de la Constitución gaullista de 1958, inspirador del artículo 60 de la Constitución chilena (*El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 30).

26 Vid. H. Nogueira Alcalá. *Dogmática Constitucional*, op. cit., pág. 166.

27 Vid. Pantoja Bauzá, R. *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 208 y 209.

Corroborar esto la circunstancia de que el campo realmente asignado por el Texto Fundamental a la potestad reglamentaria autónoma es restringido, y su pretendida competencia “genérica” queda reducida a unas pocas materias, que la Constitución no confía explícitamente al legislador.

5. Del reparto de competencias, entre la ley y el reglamento, que configura la Constitución resulta más propio hablar de una *competencia genérica del legislador*, que se extiende, tanto a la amplia gama de materias reservadas de que trata la Ley Fundamental, como a aquellas materias del recargado sistema anterior que la disposición sexta transitoria congeló el rango. Es decir, en el ámbito del legislador se estaría más exactamente frente a una *competencia de atribución no constitucionalmente clausurada*.
6. En este punto de la reflexión, la pregunta a formular debe ser necesariamente la siguiente: *¿La reducida atribución que se manifiesta en el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, significaría apartarse del concepto de Ejecutivo vigorizado que marca la tendencia constitucional en Chile?* En principio habría que responder afirmativamente a dicha interrogante. Sin embargo, hay que recordar que la *preponderancia presidencial*²⁸ se extiende a otros campos, donde se destaca el carácter de *colegislador* del Jefe del Estado.²⁹ Hecho que trae como consecuen-

28 Como caracteriza M. Duverger a los regímenes presidencialistas latinoamericanos (vid. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 591 y siguientes). Ya el profesor F. CUMPLIDO CERECEDA señalaba en el año 1983 lo siguiente: “preciso es reconocer que la Constitución de 1980 acentúa las facultades legislativas del Presidente de la República, ya consagradas en la Constitución de 1925, aumentando su iniciativa exclusiva, su influencia en la votación de las insistencias entre las Cámaras, y en la calificación de las urgencias de los proyectos, una ampliación de la potestad reglamentaria a materias no señaladas en el enunciado taxativo de las propias de ley. Dentro de los sistemas de gobierno, el régimen de la Constitución de 1980, puede calificarse de Presidencial de Ejecutivo vigorizado, a tal punto, que con propiedad se le puede aplicar el concepto de G. Burdeau de ‘cesarismo legal’” (“¿Estado de Derecho en Chile?”, *Instituto Chileno de Estudios Humanísticos*, Santiago, 1983, págs. 59 y 60).

29 El carácter de *colegislador* del Presidente se manifiesta de la siguiente manera:

- a. *Iniciativa legislativa*. A diferencia de la Constitución de los Estados Unidos que reserva únicamente la iniciativa legislativa al Congreso, las constituciones latinoamericanas entregan dicha iniciativa tanto al Congreso como al Presidente. Además, existen ciertas materias que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Así, la Constitución chilena señala en su artículo 62, que “las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por *mensaje* que dirija el Presidente de la República o por *moción* de cualquiera de sus miembros”. Además, el mismo artículo en su inciso 4º señala las materias de *iniciativa exclusiva* del Presidente, dentro de las cuales se pueden destacar las siguientes: imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza; contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado; establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; establecer o modificar normas sobre seguridad social, etc. Por último, también posee la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, y lo relativo a la *ley de presupuesto* de la nación (art. 64).
- b. *El veto*. Una modificación importante introducida por el constitucionalismo latinoamericano respecto del modelo norteamericano, consiste en la posibilidad de que el presidente ejerza no solo el veto *total* sino también el *parcial*. El veto es una pieza esencial en el régimen presidencialista, con la que se pretende restablecer el equilibrio en favor del presidente, equilibrio que, al carecer éste de poder para disolver las Asambleas, podría romperse a causa de la omnipotencia legislativa de las mismas. Esta facultad se encuentra en el artículo 72c de la Constitución de México y en el artículo 70 de la Constitución de Chile.

cia práctica que la ley sea obra, más que de la soberanía del Congreso, del Presidente de la República.³⁰

7. Por esta razón, y de acuerdo con la anterior conclusión, la consecuencia a que se llega –sobre una potestad reglamentaria autónoma y poco operativa– resulta lógica y perfectamente coherente con el fundamento constitucional; donde es el propio texto fundamental quien autoriza la “intromisión” legislativa de este vigorizado colegislador. Dicho de otro modo, se está hablando de una restricción que, aunque importante, solo afecta a un ámbito específico de la potestad normativa presidencial, y que –al suplirse por esa vía– no influye en el contexto general de sus amplias facultades en materias legislativas. Razón por la cual, *se da la paradoja que la doctrina hable, por una parte, de un sistema que se circunscribe al interés del constituyente por limitar la capacidad reguladora de la ley, dentro del concepto de Ejecutivo vigorizado, y, por la otra, sea todo lo contrario, ya que existe un ámbito regulador de la ley muy amplio.*

30 Así lo pone de manifiesto O. Alzaga Villaamil al señalar lo siguiente: “no debemos engañarnos –si nos hemos de mover en el terreno del realismo jurídico y no en el de las abstracciones academicistas– sobre el papel sencillamente decisivo que juegan los Gobiernos en la elaboración de la ley formal, pese a que esta esté confiada por la letra de la Constitución al Parlamento” (*Derecho político español según la Constitución de 1978, Vol.I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pág. 493).